Gegensatz des Nießbrauchs und der sogenannten irregulären Personalservituten in Beziehung auf Inhalt und Rechtscharakter nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Landesuniversität Rostock

vorgelegt von

Arnold Libbertz,

Referendar in Bargteheide in Holstein.

HAMBURG 1904.

Druck von Lütcke & Wulff.

Gegensatz des Nießbrauchs und der sogenannten irregulären Personalservituten in Beziehung auf Inhalt und Rechtscharakter nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät der Landesuniversität Rostock

vorgelegt von

Arnold Libbertz,

Referendar in Bargteheide in Holstein.

HAMBURG 1904.

Druck von Lütcke & Wulff.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552723_0086

Literaturverzeichnis.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 13. Aufl. 1886.

Bechmann, Über den Inhalt und Umfang der Personalservitut des Usus nach römischem Recht. 1861.

Baron, Die Gesamtrechtsverhältnisse im römischen Recht. 1864.

Biermann, Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. 1903.

Bloedorn, Ist nach römischem Recht eine einzelne Nutzung als Inhalt von Personalservituten möglich? Inaugural-Dissertation (Greifswald) 1895.

Boecking, Pandekten des römischen Privatrechts. 2. Band. 1855.

Cohnfeldt, Die sogenannten irregulären Servituten nach römischem Recht. 1862.

Corpus iuris civilis ed Krueger-Mommsen. 9. Aufl. 1902.

Dernburg, Pandekten. 1. Band, 2. Abteilung. 6. Aufl. 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 3. Band. 3. Aufl. 1904.

Elvers, Die römische Servitutenlehre. 1856.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Band: Sachenrecht. 3. u. 4. Aufl. 1898.

Fischer-Henle, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches. 5. Aufl. 1902.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. IX. Teil. 1808.

Heilfron, Römische Rechtsgeschichte und System des römischen Privatrechts. 1903.

Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Abteilung: Sachenrecht. 2. Aufl. 1903.

Hoffmann, Die Lehre von den Servituten nach römischem Recht. 1. u. 2. Band. 1838.

Keller, Pandekten. 2. Aufl. 1. Band. 1866.

Kober, Kommentar zum Sachenrecht. 2. Aufl. 1903.

v. Löhr, Im Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. Band 3. Abteilung 16.

Luden, Die Lehre von den Servituten. 1837.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Band. 3. Aufl. 1900.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. 3. Band. 1899.

Ostermeyer, Handbuch des Sachenrechts. 1899.

Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche. 3. Band. 1902.

Puchta, Pandekten. 12. Aufl. 1877.

Scherer, Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches. 1899.

v. Scheurl, Teilbarkeit als Eigenschaft von Rechten. Erlangen 1884.

Schönemann, Die Servituten. 1866.

Schweppe, Das römische Privatrecht. 4. Ausgabe. 1828.

Sintenis, Das praktische, gemeine Zivilrecht. 1. Band. 2. Aufl. 1860.

Tappe, Die sogenannten irregulären Personalservituten nach gemeinem Recht. Inaugural-Dissertation (Erlangen) 1899.

Thibaut, System des Pandektenrechts. 2. Band. 5. Aufl. 1818.

Thibaut, Versuche über einzelne Teile der Theorie des Rechts. 1. Band. 3. Abhandlung. 2. Aufl. 1817.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 1. Band. 7. Aufl. 1876.

Weyl, Vorträge über das bürgerliche Gesetzbuch. 2. Band. 1900.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. besorgt von Kipp. 1900.

Zachariae v. Lingenthal, Über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae. 1844.

Derselbe, Über die sogenannten irregulären Personalservituten im Archiv für die civilistische Praxis. 27. Band, 1. Heft. 1844.

Zielonacki, Kritische Erörterungen über die Servitutenlehre nach dem römischen Recht. 1849.

Disposition.

A. Einleitung.

§ 1. Kurze Dogmengeschichte der Frage nach der Existenz der sogenannten irregulären Personalservituten.

B. Ausführung.

I. Gemeines Recht.

a) Gegensätze im Einzelausbau des Nießbrauchs und der sogenannten irregulären Personalservituten.

§ 2. 1. Subjekt

§ 3. 2. Gegenstand

3. Umfang und Inhalt

§§ 4—6. a) des Nießbrauchs,

§§ 7, 8. b) der sogenannten irregulären Personalservituten.

§ 9. 4. Besitzverhältnisse.

§ 10. 5. Maß der Ausübung.

§ 11. 6. Art der Ausübung.

7. Verpflichtungen des Berechtigten

§ 12. a) betreffend die Lasten,

§ 13. b) betreffend die Kaution.

§ 14. 8. Übertragbarkeit.

§ 15. 9. Teilbarkeit.

§ 16. b) Entstehung des Nießbrauchs und der sogenannten irregulären Personalservituten.

§ 17. Gelten die beim Vermächtnis des Nießbrauchs geltenden besonderen Bestimmungen, besonders das eigentümliche Accrescenzrecht, auch beim Vermächtnis von irregulären Personalservituten?

§ 18. c) Endigung des Nießbrauchs und der sogenannten irregulären Personalservituten.

d) Rechtsschutz.

§ 19. 1. petitorischer Schutz.
§ 20. 2. possessorischer Schutz.
§ 21. e) Rückblick.

II. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 22. a) Vorbemerkung,
b) Gegensätze im Einzelausbau des Nießbrauchs und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten.
§ 23. 1. Gegenstand.
§ 24. 2. Inhalt und Umfang.
§ 25. 3. Besitzverhältnisse.
§ 26. 4. Ausübung der Befugnisse.
§ 27. 5. Verpflichtungen des Berechtigten.
§ 28. 6. Übertragbarkeit.
§ 29. 7. Teilbarkeit.
§ 30. c) Entstehung des Nießbrauchs und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten.
§ 31. d) Endigung derselben.
§ 32. e) Rechts- und Besitzschutz.
§ 33. C) Schluß.

Einleitung.

§ 1.

Eine von Alters her bestrittene Frage ist die Frage nach der Existenz der sogenannten irregulären Personalservituten, die Frage: Ist eine einzelne Nutzung als Inhalt von Personalservituten möglich?

Die Mehrzahl der Glossatoren hat diese Frage verneint. Joannes Bassianus, das Haupt dieser Richtung, lehrte im Gegensatz zu Rogerius, daß eine einzelne Rechtsame nie als Personalservitut, vielmehr immer als Obligation, bisweilen auch als Prädialservitut möglich sei.[1]) Dies war auch die Meinung der Postglossatoren.

Duarenus, Cujacius und Donellus dagegen neigen sich der Bejahung unserer Frage zu und erklären die sog. irregulären Personalservituten für Fälle des Usus. Ihnen folgen in dieser Auffassung die Juristen der französischen Schule.

Auch die älteren deutschen Juristen erkennen jene Rechte als Personalservituten an, schwanken jedoch, ob sie dieselben als echten usus oder ususfructus und nicht vielmehr als eine besondere Art persönlicher Servituten betrachten sollen. Gegner der sog. irregulären

[1]) Vergl. Zachariae von Lingenthal „Über die sog. irregulären Personalservituten“ im Archiv f. d. zivilistische Praxis. 27. Band. 1. Heft. 1844.

Personalservituten ist Cohnfeldt, der in seiner Schrift „Die sog. irregulären Servituten nach römischem Recht“ (Leipzig 1862) nachzuweisen sucht, daß das römische Recht keine Personalservituten außer dem usus, dem usufructus, der habitatio und den operae servorum et animalium gekannt habe. Nach seiner Ansicht kann nur dann eine einzelne Befugnis den Inhalt einer Personalservitut bilden, wenn sie zufällig den Hauptertrag und die Hauptanwendung der Sache einschließe, und dann liege eben ein usufructus resp. ein usus vor.

Die Mehrzahl der neuen Juristen folgt der Ansicht des Glossators Rogerius, welcher sich für die Existenz der sog. irregulären Personalservituten erklärt hat. Wie er sich diese jedoch gedacht hat, ob in Form eines usus oder usufructus ist nicht gesagt. Doch ist das Letztere anzunehmen, da ihn seine Gegner so verstehen. v. Löhr, Zachariae, Schönemann und Andere mehr, die sich der Ansicht des Rogerius anschließen, erklären die Personalservituten, die einzelne Nutzungen zum Inhalt haben, für Fälle des usufructus oder usus.

Neben den bisher geschilderten beiden Ansichten, von denen die eine sich gegen die Existenz der sog. irregulären Personalservituten wendet, die andere solche Servituten zwar anerkennt, sie aber den Begriffen des usufructus oder usus unterordnen will, hat sich noch eine dritte Ansicht herausgebildet, welche jene Servituten für eine besondere Art erklärt. Diese Ansicht hat nur wenige Vertreter gefunden. Erst in neuester Zeit sind ihr bedeutende Rechtslehrer beigetreten, wie Vangerow, Windscheid und Dernburg.

Mir will diese dritte Ansicht als die richtige erscheinen. Der Ansicht von Zachariae und Anderen, wonach die sog. irregulären Personalservituten als Fälle des usus resp. usufructus aufzufassen seien, kann ich deshalb nicht beitreten, weil zwischen dem Nießbrauch und den irregulären Personalservituten gar manche Verschiedenheiten in Beziehung auf Inhalt und Rechtscharakter bestehen, die eine Subsumierung der genannten Servituten unter einen Begriff nicht gestatten.

In Folgendem will ich versuchen, diese Verschiedenheiten darzulegen.

I.

Gegensätze im Einzelausbau des Nießbrauchs und der sogenannten irregulären Personalservituten im gemeinen Recht.

1. Begriff und Subjekt dieser Servituten.

§ 2.

Zunächst seien die Begriffe der in Frage kommenden Rechtsinstitute insoweit bestimmt, als sie von keiner Seite bestritten werden können:

Nießbrauch ist das an die Person des Berechtigten geknüpfte dingliche Recht auf die Nutzungen eines fremden Vermögensgutes.

Eine sogenannte irreguläre Personalservitut ist das an die Person des Berechtigten geknüpfte dingliche

Recht auf die Nutzung eines fremden Vermögensgutes in einzelnen Beziehungen.

Aus diesen Begriffsbestimmungen ergibt sich, daß beide — der Nießbrauch und die sogenannten irregulären Personalservituten persönliche Dienstbarkeiten sind. Ihr Subjekt ist eine Person, eine physische oder eine juristische.

Beide Servituten sind höchstpersönliche Rechte (iura personalissima). Für beide gilt also der Grundsatz, daß sie unzertrennlich an die berechtigte Person gebunden, also ihrem Rechte nach unvererblich und unveräußerlich sind. Ob sie nicht wenigstens der Ausübung nach übertragbar sind, ist eine andere Frage, welcher wir weiter unten näher treten werden.

2. Gegenstand der in Betracht kommenden Servituten.

§ 3.

Gegenstand des ususfructus kann nur eine körperliche Sache und zwar nur eine solche körperliche Sache sein, deren Gebrauch ohne Untergang möglich ist. Jedoch ist in der Kaiserzeit der ususfructus auch auf verbrauchbare und abnutzbare körperliche Sachen und auch auf Rechte ausgedehnt worden. Diese Art von Nießbrauch ist jedoch von dem Nießbrauch an unverbrauchbaren körperlichen Sachen weit verschieden und wurde deshalb auch als quasi-ususfruktus bezeichnet.

Als Gegenstand der sogenannten irregulären Personalservituten sind in den Quellen nur Grundstücke

angeführt. Bloedorn[2]) und Tappe[3]) wollen auch Mobilien als Gegenstände zulassen. Doch kann ich nicht einsehen, was uns zu dieser Ausdehnung berechtigen könnte. Die Genannten begründen auch ihre Ansicht nicht. Sie wäre höchstens zu folgern aus ihrer Auffassung der sogenannten irregulären Personalservituten als Fälle des ususfrukt resp. usus.

M. E. bilden die irregulären Personalservituten, wie sich auch aus der folgenden Betrachtung ergeben wird, eine ganz bestimmte Art von Servituten, zu deren Einführung ein wirtschaftliches Bedürfnis geführt hat. Für Zulassung von beschränkten dinglichen Nutzungsrechten auch an Mobilien lag kein wirtschaftliches Bedürfnis vor.

3. Umfang und Inhalt.

a) Des Nießbrauchs.

§ 4.

Über Umfang und Inhalt des Nießbrauchs herrscht Streit. Die Einen sind der Ansicht, zum Begriffe des Nießbrauchs gehöre „die Totalität der Ausbeutung[1])“; die Anderen sprechen sich dahin aus, daß die Ausbeutung auch auf den kleinsten Umfang reduziert werden kann.

Einen eifrigen Anhänger der ersten Ansicht sehen

[2]) Vergl. Bloedorn: „Ist nach römischem Recht eine einzelne Nutzung als Inhalt von Personalservituten möglich?“ Inaugural-Dissertation (Greifswald). 1895.

[3]) Tappe: „Die sogenannten irregulären Personalservituten nach gemeinem Recht“. Inaugural-Dissertation (Erlangen). 1899.

[4]) Vergl. Schönemann: Die Servituten. 1866.

wir in Cohnfeldt, der in seiner schon zitierten Schrift in sehr eingehender Weise seinen Standpunkt verteidigt.

Cohnfeldt weist zunächst aus der Legaldefinition des ususfructus nach, daß für dessen begriffsmäßigen Umfang nur die Anwendung, der Ertrag wesentlich ist, welcher der Natur und der eigentümlichen Bestimmung der Sache entspricht. Er führt folgendermaßen aus:

Eine Definition des ususfructus finden wir in der l. 1, D. 7, 1: Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

„Uti" heißt nach Cohnfeldt: eine Sache ihrer Natur und Bestimmung gemäß anwenden und zwar muß man sich der Sache zu ihrem hauptsächlichsten und allereigensten Zweck bedienen[5]) (vergl. l. 12, § 1, D. 7, 1; l. 15, §§ 1 und 5, D. 7, 1; l. 12, § 3, D. 7, 8.)

Das „frui" bedeutet den Fruchtbezug. Unter „Frucht" ist nur der Ertrag zu verstehen, den eine Sache zufolge ihrer Natur und ihres eigentümlichen Wesens hervorbringt.

„Gemeinsam ist also dem usus und dem fructus, daß ihr Inhalt notwendig dem Wesen und der Natur der Sache entsprechen muß. Beim usus ist es die Hauptanwendung der Sache, beim fruktus der Hauptertrag, welche den Inhalt bilden.

„Dieser als der hauptsächlichste Nutzen erscheint sonach einfach zusammengefaßt. Lösen wir ihn auf, so enthält er die Summe aller an der Sache nur irgend denkbaren Vorteile."

[5]) Vergl. Cohnfeldt, a. a. O., S. 29.

Insofern also kann man sagen, daß der usus und ususfructus alle Nutzungen einer Sache umfassen.

Dem Einwand, den man gegen das Gesagte machen könnte: man könne diese Ansicht nicht aus den Quellen schöpfen, da in diesen nur Interpretationsregeln aufgestellt wären, begegnet Cohnfeldt folgendermaßen:

In gewisser Beziehung mag das mit dem Einwand Gesagte richtig sein. „Aber die Quellen enthalten auch Beispiele! Aus diesen war das allgemein Wiederkehrende und gemeinsam Wesentliche auszusuchen und so das wahre Prinzip abzuleiten.“ „Wäre es nicht die barste Willkür, im Zweifel dem Nießbrauch die wertvollsten und ausgedehntesten Gerechtsame beizulegen, wenn zu demselben in Wahrheit schon ganz unbedeutende und unerhebliche Nutzungen ausreichend wären? Bestimmungen, die „im Zweifel“ zur Anwendung kommen, berühren nur immer die sekundäre Natur eines Rechtsverhältnisses. Bei einem Nießbrauch, dessen wesentlicher Inhalt schon etwas Unbedeutendes ist, könnten sie sich daher nur auf noch Unbedeutenderes erstrecken, nicht aber gerade zu dem Allerwichtigsten aufsteigen.“

Auch das letzte Glied der angegebenen Legaldefinition bestätigt das Gesagte: salva rerum substantia, d. h. der Nießbrauch darf nicht die Substanz ergreifen. Wäre diese Beschränkung (meint Cohnfeldt) nicht unnötig, wenn das uti frui nicht die ganze faktische Seite des Eigentums in sich faßte?

Weiter führt Cohnfeldt als entscheidend für den weiten Umfang des Nießbrauchs sein Verhältnis zum

Eigentum an: Das Eigentum wird durch den Nießbrauch jedes tatsächlichen Nutzens beraubt.

Dies geht unzweideutig aus l. 3. § 2 D 7,1 hervor: (Gaius) Ne tamen in universum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis exstingui usumfructum et ad proprietatem reverti.

Was hätte ferner die cautio usufructuaria für einen Sinn, wenn dem Usufruktuar nicht grundsätzlich die volle Nutzungsbefugnis zustände? So weitgehend waren die Befugnisse des Nießbrauchers, daß zum Schutze des Eigentümers der dienenden Sache die Klagen aus dem Eigentum nicht genügten. Um sich vollkommen gegen jeden, besonders aber gegen denjenigen Schaden zu sichern, welcher ihm aus der Nachlässigkeit des Nießbrauchers entstehen könnte, mußte der Eigentümer diesem noch persönliche Verpflichtungen auferlegen, so z. B. die Verpflichtung, mit der dienenden Sache so zu verfahren, wie ein sorgsamer Eigentümer mit seiner eigenen derartigen Sache verfahren würde. Diesem Zwecke diente die cautio usufructuaria. Erst in späterer Zeit bestand die Pflicht, mit der Sache in der angegebenen Weise zu verfahren, kraft Gesetzes.[6])

Endlich weist Cohnfeldt noch aus der faktischen Natur des Nießbrauchs nach, daß zum Begriff desselben der volle Umfang der Nutzbefugnisse gehört:

Dem Usufruktuar wird allgemein die Detention der Sache zugeschrieben (vergl. l. 12 pr., l. 49 pr., l 52 pr. D. 41, 2). Es stehen ihm sogar die interdicta uti possidetis

[6]) Vergl. Dernburg: Pandekten. § 248.

und unde vi als utilia zu (vergl. l. 4, D. 43, 17; l 3 § 16, D. 43, 16).

Ferner liegen dem Nießbraucher gewisse Klagen und Rechtsmittel bei, die eigentlich nur für das Eigentum gelten.

Geschieht dies nicht alles nur, weil der Nießbrauch das Ganze der Sache ergreift?

Für den weiteren begriffsmäßigen Umfang des Nießbrauchs spricht sich auch Puchta[7]) aus.

In seinen Pandekten § 181 heißt es: „Der fructus gibt dem Usufruktuar das ausschließliche Recht auf alle Erzeugnisse und Nutzungen, die unter den Begriff der Früchte fallen".

„Wegen dieses bedeutenden Umfanges des usus-fructus ist die Existenz und Dauer der Proprietät um so sorgfältiger gegen jede Gefährdung zu wahren." Baron[8]) sagt von dem Umfange des Nießbrauchs Folgendes:

„Der ususfructus hat in einer Beziehung große Verwandtschaft mit dem Eigentum: er ist nach der Seite hin, nach welcher er die Sache ergreift, ebenso erschöpfend wie das Eigentum; er erschöpft die ganze natürliche Seite der Sache, und daraus folgt, daß während die servitutes itineris, actus usw. in fast unbegrenzter Zahl an derselben Sache statthaben können, nur ein ususfructus möglich ist. Wie ein Eigentum, so ein ususfructus."

[7]) Vergl. Puchta: Pandekten. § 181.

[8]) Vergl. Baron: Die Gesamtrechtsverhältnisse im römischen Recht. 1864. S. 177.

Windscheid[9]) unterscheidet scharf zwischen dem Nießbrauch als der umfassendsten persönlichen Dienstbarkeit und den persönlichen Dienstbarkeiten, deren Inhalt nur einzelne Seiten des Fruchtgenusses oder Gebrauches bilden. Von der Cohnfeldt'schen Schrift sagt er in einer Anmerkung,[9b]) daß in ihr „sehr genügend ausgeführt werde, daß das Recht auf einzelne Seiten des Fruchtgenusses und Gebrauches nicht Nießbrauch und Gebrauchsrecht sei".

Derselben Ansicht wie Windscheid ist auch Dernburg,[10]) welcher die persönlichen Dienstbarkeiten mit einer einzelnen Nutzungsbefugnis als eine besondere Art neben dem usufructus aufführt.

§ 5.

Gegen die Ansicht, nach welcher zum Begriff des usufructus das vollständige Gebrauchs- und Nutzungsrecht gehört, wendet sich Zachariae.[11]) Seiner Meinung nach ergibt sich aus der Legaldefinition des usufructus durchaus nicht, daß die Vollständigkeit des Gebrauchs- und Nutzungsrechts ein charakteristisches Merkmal des usufructus sei. Durch den Willen des Bestellers könnten die mannigfaltigsten und selbst ausgedehntesten Beschränkungen dem Usufruktuar auferlegt werden. Wenn Letzterer sich im allgemeinen an das durch die Willkür des Eigentümers normierte Maß der Benutzung zu halten

[9]) Vergl. Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, besorgt von Kipp. 1900. § 202.

[9b]) a. a. O. Anmerkung 2 a. E. zu § 202.

[10]) Dernburg, a. a. O. § 250.

[11]) Zachariae v. Lingenthal, a. a. O. S. 49 fg.

habe, so müsse noch mehr der Wille des Eigentümers maßgebend sein, wo er speziell auf Normierung der Befugnisse des Usufruktuars gerichtet sei. Ähnlich sagt Schweppe:[12]) „Kann der ususfructus in seiner Gesamtheit bestehen, so muß er in einem einzelnen Teile um so mehr gelten".

Sintenis[13]) ist auch der Ansicht, daß auch dann immer ein ususfructus oder usus vorliegt, wenn nur einzelne Befugnisse eingeräumt werden.

Nach Arndts[14]) hat der Nießbraucher nur der Regel nach das volle Gebrauchsrecht.

In Übereinstimmung mit den genannten Autoren erklärt Schönemann,[15]) daß die Totalität der Ausbeutung der einen oder anderen Wertseite nicht zum Begriff des ususfructus gehöre, und folglich auch die Reduktion solcher Ausbeutung auf den kleinsten Umfang, auf eine einzelne Gebrauchs- oder Fruchtbezugsart nicht ausgeschlossen sei.

Auch Elvers[16]) spricht sich für den geringen begriffsmäßigen Umfang des Nießbrauchs aus. Er sagt, daß es im römischen Recht zulässig gewesen sei, dem Usufruktuar mehrere Befugnisse, ja alle außer einer zu entziehen. So habe die Konsequenz dahin geführt, daß schließlich die Berechtigung zur Vornahme einer einzelnen bestimmten Handlung, ja selbst eine negative Befugnis der einzige Inhalt des ususfructus sein konnte.

---

[12]) Schweppe: Das römische Privatrecht. § 291.
[13]) Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht. § 58.
[14]) Arndts: Lehrbuch der Pandekten. § 179.
[15]) a. a. O., S. 93.
[16]) Vergl. Elvers: Die römische Servitutenlehre. S. 185 ff.

Auf der andern Seite verkennt Elvers jedoch nicht, daß die römischen Juristen, wenn sie allgemein vom ususfructus reden, meistens nur an den Inbegriff sämtlicher Nutzungs- und Gebrauchsrechte denken. Auch bei der Ausbildung der Grundlehren vom ususfructus hätten sie immer nur jenen weiteren Sinn im Auge, wie namentlich da, wo dem Usufruktuar die naturalis possessio zugesprochen werde (cf. z. B. l. 12 pr. D. 41, 2) indem solche doch nicht angenommen werden könne, wo der Usufruktuar nur das Recht hat, von Zeit zu Zeit auf das dienende Grundstück zu gehen und dort Ton zu holen.

§ 6.

Ich möchte in der Frage betreffend den Umfang des Nießbrauchs hauptsächlich der Cohnfeldtschen Ansicht und Begründung beipflichten. Was die Gegner dieser Ansicht anbetrifft, so will mir scheinen, als ob sie sich nur in Rücksicht auf die sogenannten irregulären Personalservituten für den geringen begriffsmäßigen Umfang aussprechen. Sie wollen diese Art von Servituten unter die Kategorien des ususfructus oder usus unterbringen, während die Quellen selbst dies nie versucht haben. Wenn von einem ususfructus die Rede ist, so liegt immer ein solcher mit dem von uns bestimmten Umfange vor.

Zum Beweise des weiten Umfanges möchte ich nur noch l. 19, D. 33, 2 anführen. Dort heißt es: Si alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi testator legaverit: si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: Titio fundum

detracto usufructu lego: vel Seio eiusdem fundi usumfructum heres dato. quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur (quod interdum plus valet scriptura quam peractum sit)[17]).

Wäre nun in dem von dieser Stelle behandelten Falle der Zusatz deducto usufructu nötig, wenn der Nießbrauch begrifflich auch nur eine einzelne Befugnis zum Inhalt haben könnte?

b) Inhalt und Umfang der sogenannten irregulären Personalservituten.

§ 7.

Im Gegensatz zum Nießbrauch, welchem wir den ausgedehntesten Umfang zugeschrieben haben, ist für die sogenannten irregulären Personalservituten zunächst als unbestritten festzustellen, daß sie nur einzelne Befugnisse gewähren. Dies hat ja erst zu der Aufstellung eines besonderen Begriffes für solche Art von Servituten geführt.

Was den Inhalt dieser Servituten anbetrifft, so hat man gesagt, er werde gebildet von Befugnissen, welche den Inhalt von Praedialservituten zu bilden geeignet sind. Dies ist in zweifacher Hinsicht nicht korrekt. Denn einmal finden sich Befugnisse als Inhalt von Personalservituten, welche nach ausdrücklicher Vorschrift den Inhalt von Realservituten nicht bilden können, wie z. B. das Recht, auf fremdem Grundstück Obst zu pflücken, oder sich in der Sänfte tragen zu lassen (servitus

[17]) Weiter unten, in § 17, werden wir auf die zitierte Stelle näher eingehen und können daher einstweilen darauf verweisen.

gestandi) (vergl. l. 8. pr. D. 8, 1). Andererseits dürften wohl nicht alle Befugnisse, die gewöhnlich als Realservituten vorkommen, auch zu Gunsten einer bestimmten Person bestellt werden können, wie dies von den Servituten gilt, die man gewöhnlich als Gebäudeservituten zu bezeichnen pflegt. Aus ihrem Inhalt ergibt sich, daß die Rechte, die sie gewähren, ohne alle Rücksicht auf ein Grundstück nicht bestellt werden können, da sie eben nur des Grundstücks wegen da sind. Setzt nicht z. B. die servitus tigni immitendi oder die servitus proiciendi notwendigerweise das Vorhandensein eines benachbarten „herrschenden" Grundstücks voraus? Und so verhält es sich mit allen Gebäudeservituten, von denen Cohnfeldt a. a. O. S. 83 –84 sagt: „Sie stellen sich ihrer äußeren Erscheinung und ihrem Inhalte nach als eine Qualität, ein integrierender Bestandteil eines herrschenden Grundstücks dar. Sie erzeugen einen dauernden, bleibenden Effekt, eine sichtbare Eigenschaft an der berechtigten Sache. Dieser Effekt, diese Eigenschaft ist ihre Ausübung, ihre Wirksamkeit."

„Ganz anders bei den Felddienstbarkeiten. Die Ausübung hinterläßt keine dauernden Spuren, bewirkt keine körperliche Qualität, keinen Zustand der Sache; sie besteht vielmehr in einer Reihe getrennter Handlungen des Berechtigten."

Das Recht zu diesen Handlungen kann auch einer bestimmten Person zustehen, und setzt nicht notwendig das Eigentum an einem Grundstücke voraus. Deshalb können die Befugnisse der Felddienstbarkeiten den Inhalt von sogenannten irregulären Personalservituten bilden.

Wir sehen also, diese Servituten können die mannigfaltigsten Befugnisse zum Inhalt haben. Ausgenommen sind allein die Befugnisse, welche den Inhalt der Gebäudeservituten zu bilden pflegen.

Anderer Ansicht ist Zachariae[18]). Er stimmt dem Cujacius zu, der behauptet, es gäbe keine Prädialservitut, deren Inhalt nicht auch, wenigstens qualitativ, den Inhalt einer Personalservitut bilden könne.

Zielonacki[19]) scheint derselben Meinung zu sein.

Die Quellen enthalten zwar nur Beispiele über den Inhalt unserer Servituten. Aber unter den aufgeführten Befugnissen finden wir keine einzige von den Befugnissen, die gewöhnlich den Inhalt von Gebäudeservituten zu bilden pflegen.

Die in Betracht kommenden Quellenstellen sind folgende:

l. 32. D. 7, 1: . . . . . pascere . . . . .

l. 4—6. D. 8, 3: . . . . . pecoris pascendi, ... ad aquam appellendi . . . . calcis coquendae, cretae eximendae, lapidis eximendi, harenae fodiendae-tugurium habere . . . . .

l. 37 eodem.: . . . . . aquaeductus

l. 1. D. 33, 2: . . . . . eundi, agendi, ducendi . . . . .

l. 6. D. 33, 3: . . . . . transeundi . . . . .

l. 14. § 3. D. 34, 1: . . . aqua . . . . haustus aquae, pecoris ad aquam appulsus, gestandi, uvas premendi, . . . frumenta ceteraque legumina exprimenda.

[18]) a. a. O., S. 52.

[19]) Vergl. Zielonacki: Kritische Erörterungen über die Servitutenlehre nach dem römischen Recht. S. 43.

§ 8.

Nachdem wir festgestellt haben, daß die in Gebäudeservituten gewährten Befugnisse den Inhalt von sog. irregulären Personalservituten nicht zu bilden vermögen, können wir jetzt sagen, daß sämtliche irreguläre Personalservituten affirmative Servituten sind, d. h. solche, die dem Berechtigten gestatten auf der dienenden Sache oder mit derselben positive Handlungen vorzunehmen.[20])

Alle irregulären Personalservituten sind auch servitutes discontinuae, d. h. ihre Ausübung ist eine nichtständige.

Als Ausnahme könnte man vielleicht das Recht anführen, auf dem Grundstücke eines Anderen eine Hütte (tugurium) zu haben — l. 6. D. 8, 3. — Aber diese Servitut dürfte wohl kaum selbständig vorkommen, sondern immer nur als Beigabe oder Teil einer anderen, meist einer Weideservitut, wie dies auch aus der zitierten l. 6. D. 8, 3 hervorzugehen scheint.

Man könnte vielleicht auch einwenden, die servitus aquae ducendae, die doch auch zu Gunsten einer Person bestellt werden könne (l. 37 D. 8, 3), sei keine servitus discontinua, wenigstens insofern nicht, als sie das Recht gewähre zum Haben einer wasserleitenden Vorrichtung auf dem fremden Grundstück. Aber dem wäre zu er-

[20]) Elvers, a. a. O. S. 418 führt unter den Felddienstbarkeiten eine negative Servitut auf. Es ist dies die in l. 2 § 10 D. 39, 3 erwähnte, „vermöge deren der Innehaber des dienenden Grundstücks das Wasser, welches den natürlichen Gesetzen nach dem herrschenden zufließen würde, diesem nicht immittieren darf.“ Diese Servitut kommt für uns nicht in Betracht, weil auch hier notwendigerweise das Vorhandensein eines herrschenden Grundstücks vorausgesetzt wird.

widern, daß mit diesem Inhalt keine Personalservitut bestellt werden kann, weil hier notwendig ein herrschendes Grundstück vorhanden sein müßte, nach welchem das Wasser hin oder von welchem es hergeleitet werden soll. Als eine persönliche servitus aquae ducendae kann immer nur das Recht auf Benutzung des fremden Wassers bestellt werden.[21])

Darin, daß sie affirmative Personalservituten sind, stimmen die irregulären Personalservituten mit dem ususfructus überein (vergl. l. 14 pr. D. 8, 1). Während jene aber nicht ständige Servituten sind, ist dieser eine servitus continua (so Windscheid a. a. O. Nach ihm ist dies deshalb der Fall, weil bei dem Nießbrauch die Ausübung mit der Detention der dienenden Sache verbunden ist. A. M. Schweppe a. a. O. S. 812).

4. Besitzverhältnisse.

§ 9.

Dem Zwecke des Nießbrauchs, der darin besteht, einem Nichteigentümer zeitweilig die Vorteile des Eigentums zu sichern, entspricht es[22]), daß der Nießbraucher für die Dauer seiner Berechtigung in dasselbe faktische Verhältnis zu der Sache trete, wie er es als Eigentümer kraft eines unbeschränkten Eigentums würde fordern können, oder mit anderen Worten, daß der Usufruktuar die Detention der im ususfructus stehenden Sache habe. Es wird dem Nießbraucher neben der quasipossessio

[21]) Vergl. Windscheid, a. a. O. § 201, Anm. 10 und v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. § 339, Anm. II, 1.

[22]) Vergl. Elvers, a. a. O. S. 455 ff.

iuris noch die naturalis possessio der körperlichen Sache zugesprochen. Vergl. l. 12 pr. D. 41, 2: Naturaliter videtur possidere is, qui usumfructum habet. Vergl. ferner l. 49. pr., l. 52 pr. eodem.

Anders verhält es sich mit den sogenannten irregulären Personalservituten: Hier haben die Berechtigten nur den Rechtsbesitz; die Detention der körperlichen Sache verbleibt dem Eigentümer.

Durch die Detention ist der Nießbraucher in die faktische Möglichkeit gesetzt, stets unmittelbar ganz nach Belieben, auch mit Überschreitung seiner Befugnisse auf die Sache einzuwirken. Der Eigentümer darf ihn hieran nicht mit Gewalt verhindern. Tut er dies, so stört er damit den Usufruktuar in der ihm zustehenden Befugnis, die Sache innezuhaben. Zum Schutze dieser Befugnis stehen, wie wir weiter unten sehen werden, dem Usufruktuar dieselben Rechtsmittel zu, wie einem juristischen Besitzer. Es könnte sich also der Usufruktuar gegen jene Störung mit den Besitzinterdikten schützen.[23])

Ganz anders steht die Sache bei den sogenannten irregulären Personalservituten. Hier kann der Servitutberechtigte durch den Besitzer der dienenden Sache gewaltsam an einer unrechtmäßigen Handlung verhindert werden; denn durch eine unrechtmäßige Ausübung

[23]) Hiergegen könnten Einwände aus l. 15. § 6, D. 7, 1 und l. 9, § 5, D. 39, 2 erhoben werden. Elvers, a. a. O. S. 457 flg. weist nach, daß aus diesen Stellen das Prinzip des eigenmächtigen Widerstandes gegen unberechtigte Handlungen des Usufruktuars nicht hergeleitet werden kann.

seiner Befugnisse greift er in den Besitz der körperlichen Sache ein.

Dem Servitutberechtigten werden weder die dingliche Klage noch das Interdictum, welches zum Schutze des Rechtsbesitzes gegeben ist, zur Seite stehen.

5. Maß der Ausübung.

§ 10.

Wie jedem Servitutberechtigten, so ist sowohl dem Usufruktuar als auch dem aus einer sogenannten irregulären Personalservitut Berechtigten bei der Ausübung insofern eine Grenze gesetzt, als sie beide nicht befugt sind, das Grundstück selbst in seiner Substanz anzugreifen oder auch nur dessen äußere Einrichtung, welche demselben das individuelle Gepräge gibt, zu verändern.

Innerhalb dieser Grenzen ist nur der Nießbraucher nicht auf ein seinem persönlichen Bedürfnisse entsprechendes Maß beschränkt (l. 7. D. 7,1: Usufructu legato omnis fructus rei ad fructuarium pertinet.....), während man dies von dem aus einer irregulären Personalservitut Berechtigten wohl in den allermeisten Fällen annehmen muß. In den Quellen findet sich allerdings keine diesbezügliche Bestimmung, wie ja überhaupt jene Servituten dort keine besondere Behandlung erfahren. Wir müssen uns also durch Analogieschlüsse helfen, um unsere Ansicht zu begründen.

Analoge Anwendung der die Grunddienstbarkeiten betreffenden Vorschriften dürfte nicht gestattet sein. Denn bei diesen Servituten ergibt sich die Beschränkung in der Ausübung aus ihrem Wesen. Dies besteht darin,

daß sie den Interessen eines herrschenden Grundstücks und nur diesen zu dienen bestimmt sind. Eine Ausübung der Servitutbefugnisse über das Bedürfnis des Grundstückes hinaus würde nicht mehr den Interessen dieses Grundstücks, sondern denjenigen seines Eigentümers dienen.

Doch dürfte die analoge Anwendung der für den Usus gegebenen Bestimmungen in vielen Fällen gestattet sein, denn durch die irregulären Personalservituten wird sehr oft, ja wohl meistens das Recht gewährt, das dienende Grundstück in irgend einer Weise (z. B. durch Gehen oder durch Fahren) zu gebrauchen. In dem Begriff des Gebrauchs ist aber die Beschränkung auf das persönliche Bedürfnis des Berechtigten angedeutet. Denn es betrifft das Recht des Gebrauchs diejenige Nutzung der Sache, welche direkt zum Vorteil der Person dient, ohne zunächst eine spezifische Vermehrung des Vermögens derselben einzuschließen.[24])

Nicht gestattet ist dieser Analogieschluß bei denjenigen irregulären Personalservituten, welche unmittelbar auf eine Vermögensbereicherung abzielen, deren Wesen in der Vermögensvermehrung durch Fruchtaneignung liegt, wie dies z. B. der Fall ist bei den irregulären servitutes cretae eximendae oder harenae fodiendae.

Doch ist bei dieser Art von Servituten wohl in den meisten Fällen als der mutmaßliche Wille der Konstituenten anzunehmen, daß nicht eine beliebig weitgehende Ausübung gestattet sein soll.

[24]) Vergl. Schönemann, a. a. O., S. 86.

Nur wenn es sich aus den Umständen, z. B. aus der Höhe des für die Bestellung der Dienstbarkeit gezahlten Äquivalents, ergibt, ist eine Ausübung über das dem persönlichen Bedürfnisse entsprechende Maß hinaus gestattet.

6. Art der Ausübung.

§ 11.

Was die Art der Ausübung anbetrifft, so gilt sowohl für den Nießbrauch als auch für die irregulären Personalservituten, wie überhaupt für alle Servituten, in gleicher Weise der Satz, daß die Ausübung civiliter zu geschehen hat, d. h. mit möglichster Schonung des Eigentums, entsprechend dem mutmaßlichen Willen des Konstituenten (Elvers a. a. O. S. 219). l. 9, D. 8, 1.

Für den Nießbraucher gibt es jedoch noch besondere Bestimmungen. Von ihm wird verlangt, daß er sein Recht boni viri arbitratu ausübe. l. 13 pr. D. 7, 1; l. 1 pr. D. 7, 9.

Er soll mit der Sache so verfahren, wie ein diligens pater familias unter den obwaltenden Umständen gegen seine eigene Sache derselben Art mutmaßlich verfahren würde (Elvers a. a. O. S. 460) cf. l. 9, § 2, D. 7, 1.

Ihren Grund haben diese Bestimmungen in dem weiten Umfange der dem Nießbraucher zustehenden Befugnisse und in der hierdurch für den Eigentümer begründeten Gefahr; sie können also auf die Ausübung der irregulären Personalservituten nicht angewendet werden.

7. Verpflichtungen des Berechtigten.

§ 12.

Der Nießbraucher hat die Lasten zu tragen. Ihn treffen alle öffentlichen Abgaben von der Sache. Es beruht diese Pflicht auf dem Prinzip, daß derjenige, welcher die gesamten Vorteile einer Sache hat, auch für die Lasten aufkommen muß. l. 7. § 2. D. 7, 1: Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum pertinet, reficere quoque cum aedes per arbitrum cogi Celsus scribit. (vergl. ferner l. 27 § 3. D. 7, 1.)

Elvers[25]) leitet die Pflicht zur Tragung der Lasten aus der cautio her, durch welche der Nießbraucher zu geloben habe, uti frui secundum boni viri arbitrium. Nach Elvers kann also der Nießbraucher nur mit der persönlichen Klage aus der cautio zur Erfüllung dieser Verbindlichkeiten angehalten werden.

Derselben Ansicht wie Elvers scheint (z. B.) auch Sintenis[26]) zu sein.

Schönemann[27]) dagegen und Hoffmann[28]) sagen, die Pflicht zur Tragung der Lasten liege im Wesen des Nießbrauchs und basiere auf dem oben angegebenen Prinzipe. Auf Erfüllung dieser im Wesen des Nießbrauchs liegenden Verpflichtungen werde also mit der dinglichen Klage aus dem Nießbrauchsrechte geklagt. (Schönemann a. a. O.)

[25]) a. a. O. S. 503. 506.

[26]) a. a. O. S. 562.

[27]) a. a. O. S. 61.

[28]) Vergl. Hoffmann: Die Lehre von den Servituten nach römischem Recht. Band I., S. 162.

Für den aus einer irregulären Personalservitut Berechtigten besteht die gesetzliche Pflicht zur Tragung der Lasten nicht, denn das oben erwähnte Prinzip kann hier nicht zur Anwendung kommen. Aus einer cautio kann man sie auch nicht herleiten, weil, wie wir gleich sehen werden, der aus einer irregulären Personalservitut Berechtigte zu einer Kautionsleistung nicht verpflichtet ist.

§ 13.

Der Usufruktuar ist außer zur Tragung der Lasten noch zur Kautionsleistung verpflichtet: l. 13 pr. D. 7,1: Si cuius rei ususfructus legatus erit, dominus potest in ea re satisdationem desiderare, ut officio iudicis hoc fiat; nam sicuti debet fructuarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate.

Nur einzelne bestimmte Personen sind laut gesetzlicher Vorschrift in gewissen Fällen von der Leistung einer cautio befreit.

Durch die cautio usufructuaria verspricht der Nießbraucher: 1) se usurum boni viri arbitratu, 2) et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restiturum, quod inde exstabit. l. 1 pr. D. 7, 9.

Hat nun auch der aus einer sogenannten irregulären Personalservitut Berechtigte eine cautio zu leisten?

In den Quellen ist nirgends die Rede davon. Und betrachten wir, aus welchen inneren Gründen der Nießbraucher zur Kautionsleistung verpflichtet ist (proprietatis dominus securus esse debet de proprietate l. 13. pr. D. 7, 1), so müssen wir zu der Überzeugung kommen, daß in den Fällen der sogenannten irregulären Personal-

servituten eine Kautionsleistung gar nicht notwendig ist. Hier, wo dem Berechtigten nur einzelne Nutzungsbefugnisse zustehen, wo vor allem die Detention der dienenden Sache bei dem Eigentümer bleibt, besteht für diesen letzteren keine so große Gefahr für sein Eigentum, daß es nötig wäre, den Berechtigten noch besonders obligatorisch zu verpflichten, wie dies beim Nießbrauch der Fall ist.

8. Von der Übertragbarkeit der in Betracht kommenden Servituten.

§ 14.

Es ist von J. Dernburg[29]) und Elvers[30]) die Behauptung aufgestellt worden, der Nießbraucher könne sein dingliches Recht selbst übertragen.

Elvers führt folgendermaßen aus:

Nach seiner Auffassung von dem Begriffe des Nießbrauchs liegt das, was den Umfang der Befugnis bestimmt, außerhalb der Person des Servitutberechtigten. Deshalb könne dieser Umfang dadurch allein nicht verändert werden, daß ein Wechsel in der Person des Berechtigten vor sich geht. Hieraus folge, daß es dem Eigentümer der belasteten Sache in dieser Beziehung gleichgültig sein müsse, wer die Servitut übe, indem ihm der ganze Ertrag oder das bestimmte Maß stets in gleicher Weise entzogen werde. In der Natur des Nießbrauchs liege also kein Hindernis, die Übertragbarkeit des Nießbrauch-

[29]) Vergl. Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Neue Folge II., S. 53 fg.

[30]) a. a. O., S. 27.

rechtes anzunehmen. Aber im älteren römischen Recht habe es an einer für die Übertragung des Nießbrauchs geeigneten Form gefehlt und deshalb sei damals die Übertragung nicht gestattet gewesen. Nur ein persönlicher Anspruch auf Ausübung eines fremden ususfructus habe von dem Usufruktuar verliehen werden können. Später sei jedoch die Verpfändung des Rechts zugelassen worden. Die aus der Zulassung der Verpfändung mit Notwendigkeit folgende Übertragbarkeit des ususfructus sei nun nicht auf diesen einen Fall beschränkt geblieben. Es sei vielmehr allgemein die freiwillige Übertragung des dinglichen Rechts seitens des Usufruktuars möglich geworden.

Die Mehrzahl der Juristen ist jedoch anderer Meinung als J. Dernburg und Elvers. In längeren Ausführungen treten v. Vangerow[31]) und Schönemann[32]) der Ansicht der eben Genannten entgegen.

Gegen die Ansicht von J. Dernburg und Elvers spricht vor allem ganz entschieden, was in den Quellen gesagt ist: l. 66, D. 23, 3: .... diximus usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis .... Der ususfructus ist also unzertrennlich an die Person des Berechtigten gebunden. Nur Rückübertragung auf den Eigentümer ist gestattet, l. 15, D. 10, 2: nec enim [ususfructus] a personis discedere sine interitu sui potest.

Die Übertragbarkeit würde ferner ganz entschieden dem Wesen des ususfructus, wie der Personalservituten überhaupt, widersprechen. Ihr Wesen besteht eben darin,

[31]) a. a. O. I. § 344, Anmerkung 3.
[32]) a. a. O. S. 65 fg.

daß sie einer Person für deren Lebensdauer und zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse gegeben sind.

Es dürfte ferner für den Inhalt des ususfructus keineswegs gleichgültig sein, wer der Berechtigte ist. Bei der umfassenden Natur des Nießbrauchs ist der Eigentümer der Gefahr eines Substanzverlustes ausgesetzt, gegen welche er eine Garantie nur in der Persönlichkeit des Nießbrauchers hat. „Würde die Fixierung auf diese Person verwischt, so fiele damit auch jene moralische Garantie, und das Recht des Eigentümers wäre mehr oder weniger dem Belieben und dem Zufall anheimgefallen.“ [33])

Wenn Elvers sagt, daß der ususfructus verpfändet werden konnte, so ist dies freilich wahr; aber der Gegenstand der Verpfändung ist nicht das Recht des Nießbrauchers, sondern die Ausübung desselben.

Daß die Ausübung des Nießbrauchers übertragbar ist, kann wohl als unbestritten bezeichnet werden. Vgl. l. 12. § 2. D. 7, 1: Usufructuarius vel ipse frui ea re vel fruendam concedere vel locare vel vendere potest .... Vgl. ferner l. 66. D. 23, 3: ..... ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.

Wie der Nießbrauch, so ist auch die irreguläre Personalservitut dem Rechte nach unübertragbar und zwar fast aus denselben Gründen, welche uns oben verboten haben, eine Übertragbarkeit des Nießbrauchsrechtes anzunehmen. Nur der Grund, welcher in dem Umfange der betr. Servitut besteht, fällt hier fort.

[33]) Schönemann, a. a. O. S. 71.

Ob auch ihre Ausübung nicht übertragen werden kann, ist zweifelhaft.

Wir haben oben gesagt, daß sich das Maß der Ausübung im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten bestimmt. Ist dies richtig, so ist folglich auch keine Übertragung der Ausübung möglich.

Gegen die Zulässigkeit dieser Übertragung spricht meines Erachtens auch noch folgendes: Beim Nießbrauch war der Eigentümer der belasteten Sache auf alle Fälle durch die cautio usufructuaria gegen Schäden usw. gesichert. Bei den irregulären Personalservituten besteht jedoch, wie wir gesehen haben, keine Pflicht zur Kautionsleistung. Hier bietet dem Eigentümer nur die Persönlichkeit desjenigen, für den er die Servitut bestellt hat, einige Sicherheit dafür, daß die Servitut in der richtigen Weise ausgeübt wird. Es kann ihm also nicht gleichgültig sein, wer sie ausübt.

Die Übertragung der Ausübung der sog. irregulären Personalservituten halte ich demnach nur dann für zulässig, wenn der Besteller der Servitut sie ausdrücklich gestattet oder diese Erlaubnis aus der der Begründung der Servitut zu Grunde liegenden Willenserklärung zu entnehmen ist.

Anderer Ansicht ist Zachariae,[34]) der die Übertragung der Ausübung prinzipiell für zulässig erklärt. Es ist dies meines Erachtens die notwendige Folge seiner Beurteilung der sogenannten irregulären Personalservituten als Fälle des ususfructus.

[34]) a. a. O. S. 55, 56.

9. Von der Teilbarkeit des Nießbrauchs und der sogenannten irregulären Personalservituten.

§ 15.

Alle Servituten sind unteilbar außer dem Nießbrauch. l. 1. § 9, D. 35, 2: Si ususfructus legatus sit (qui et dividi potest, non sicut ceterae servitutes individuae sunt) . . . . (vergl. ferner l. 5. D. 7, 1, l. 17. D. 8, 1.)

Dies ist die allgemein herrschende Meinung. Begründet wird sie jedoch verschieden.

Schrader[35]) führt den Satz von der Unteilbarkeit der Servituten und der Teilbarkeit des Nießbrauchs auf historisch zufällige Momente zurück.

v. Scheurl[36]) leitet die Teilbarkeit des ususfructus daraus ab, daß dieser bestimmt ist, das Eigentum der Früchte zu gewähren, das Eigentum aber ein anerkannt teilbares Recht ist. Usus und Realservituten seien unteilbar, weil ihr Inhalt durch die Größe des Bedürfnisses bestimmt werde.

Bechmann[37]) geht von dem Satze aus, daß ein Recht teilbar sei, wenn sein Inhalt es ist und behauptet, daß diejenigen Rechte, welche wesentlich in einer Handlung bestehen, unteilbar seien, weil eigentlich jede Handlung teilbar sei. Doch unterscheidet er wiederum die Handlungen in solche, welche ihr eigener Zweck und

[35]) Zivilistische Abhandlungen. II. Abt., S. 284 folg.

[36]) Scheurl: Commentarii ad l. l. 2. 3. 4. 72. 85. de verb. obl. 45, 1. Erlangen. 1835.

[37]) Bechmann: Über den Inhalt und Umfang der Personalservitut des usus. S. 93 folg.

ihr eigenes Ziel sind, und in solche, welche bloß das Mittel zu einem Zweck sind. Letztere hält er für teilbar, wenn es der Zweck ist, erstere für unteilbar.

Elvers[38]) sucht den inneren Grund für die Unteilbarkeit der Servituten zunächst darin, daß eine teilweise Benutzung der Servitutbefugnisse eine Unmöglichkeit ist, indem niemand z. B. nur zur Hälfte gehen, zur Hälfte Wasser leiten kann. Als zweites Argument führt er die Unübertragbarkeit der Servituten an.

Ein gemeinsames Eigentum ist möglich, meint Elvers, weil jeder Miteigentümer sein Anrecht auf einzelne Eigentumshandlungen auf einen Mitinteressenten oder einen Dritten übertragen könne, so daß dieser nun die Gesamtbefugnis in sich vereint; eine Übertragung der Servitut sei hingegen — mit Ausnahme des ususfructus — unzulässig, und deshalb die Teilbarkeit außer beim Nießbrauch ausgeschlossen.

Alle die angegebenen Erklärungen enthalten viel Richtiges, doch geht aus ihnen nicht genau hervor, worauf es hauptsächlich ankommt.

Viel einfacher als all' die Genannten erklärt Schönemann[39]) die Unteilbarkeit der Servituten und die Teilbarkeit des Nießbrauchs. Er sagt: Die Unteilbarkeit eines Rechtes ist immer aus der Natur desselben zu erklären. Den Inhalt des usus und der meisten Realservituten bilden einzelne Handlungen, die ihrer Natur nach keiner Teilung fähig sind. Der ususfructus, soweit er den usus der Sache in sich begreift, ist gleichfalls

[38]) a. a. O. S. 542 ff.
[39]) a. a. O. S. 77.

keiner Teilung fähig. Soweit er aber den Fruchtgenuß betrifft, unterliegt er der Teilung; er besteht hier eben nicht in einer Handlung, welche unteilbar ist, sondern in der Gewinnung, dem Bezuge von Früchten und ist als solcher teilbar.

Ebenso einfach drücken sich die Quellen aus: Pomponii fragm.: Et servitutes dividi non possunt; nam earum usus ita connexus est, ut qui eum partiatur naturam eius corrumpat l. 19. D. 7, 8: usus pars legari non potest; nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus.

Ähnlich wie Schönemann erklärt Cohnfeldt[40]) die Teilbarkeit des Nießbrauchs. Er sagt: Beim regulären ususfructus kommt es nicht auf den Akt, die Handlung, sondern auf den Gegenstand des Aktes, d. h. die Früchte und Erzeugnisse an, und wie diese teilbar sind, ist es auch das Recht selbst.

Wir sehen also, daß die Teilbarkeit des Nießbrauchs fast allgemein anerkannt wird.

Wie steht es nun mit den sogenannten irregulären Personalservituten? Sind diese teilbar oder nicht?

Wir müssen bei der Beantwortung dieser Frage vor allem das beachten, daß der Inhalt unserer Servituten ein verschiedener sein kann. Wir haben einerseits Servituten, deren wesentlicher Inhalt in einem Handeln besteht, z. B. die servitus eundi, pecoris pascendi, anderseits solche, bei welchen es nicht auf den „Akt“ (um mit Cohnfeldt zu reden), sondern auf den Gegenstand des Aktes, d. h. die Erzeugnisse ankommt,

[40]) a. a. O. S. 43.

wie dies z. B. bei der servitus cretae eximendae oder harenae fodiendae der Fall ist.

Daß die irregulären Personalservituten der erstgenannten Art nicht teilbar sein können, steht nach dem, was wir oben über die Unteilbarkeit von Handlungen gesagt haben, fest.

Wir wollen nun untersuchen, ob auch die Servituten der zweiten Art unteilbar sind:

Wie wir sahen, sind Servituten nur teilbar, wenn ihr Inhalt, d. h. die gewährte Befugnis teilbar ist. Der Inhalt der irregulären servitus cretae eximendae (z. B.) besteht in dem Recht, Kreide auf dem belasteten Grundstücke zu gewinnen und zwar im Zweifel soviel, als zur Befriedigung des persönlichen Bedürfnisses des Berechtigten (s. o. § 10) nötig ist.

Das Gewinnen der Kreide als Handlung ist unteilbar. Aber der Akt ist ja nicht das Wesentliche wie wir gesehen haben. Es frägt sich, ob der Gegenstand des Aktes teilbar ist, denn auf diesen kommt es bei der servitus cretae eximendae, wie bei allen auf Gewinnung von Bodenbestandteilen gerichteten Servituten, hauptsächlich an.

Gegenstand des Gewinnens ist: Kreide in solcher Menge als zur Befriedigung des persönlichen Bedürfnisses des Berechtigten nötig ist. Eine solche unbestimmte Menge ist natürlich nicht teilbar, und deshalb sind auch die irregulären Personalservituten der bezeichneten Art im Zweifel unteilbar.

Teilbar können sie m. E. höchstens in dem Falle sein, wo die Menge der zu gewinnenden Bodenbestand-

teile ganz genau bestimmt ist; denn dann ist der Inhalt der Servitut teilbar.

b) Entstehung des Nießbrauchs und der sogenannten irregulären Personalservituten.

§ 16.

Wie alle Servituten, so können sowohl der Nießbrauch als auch die irregulären Personalservituten entstehen: 1) durch Rechtsgeschäft und zwar entweder durch Vertrag oder Vermächtnis, 2) durch Ersitzung und 3) durch richterliche Anordnung.

Was die Bestellung durch Rechtsgeschäft anbetrifft, so gelten für den Nießbrauch insofern andere Vorschriften als für die irregulären Personalservituten, als zur Belastung einer im Miteigentum stehenden Sache mit einer irregulären Personalservitut Zusammenhandeln aller Eigentümer erforderlich ist (l. 2. D. 8, 1.), während ein Nießbrauch von jedem Miteigentümer an seinem Bruchteil bestellt werden kann. l. 5. D. 7, 1.

Diese verschiedenen Bestimmungen ergeben sich aus der Teilbarkeit des ususfructus und der Unteilbarkeit der sogenannten irregulären Personalservituten.

Betreffs der Ersitzung und der Entstehung durch richterliche Anordnung gelten für beide hier in Betracht kommenden Arten von Servituten die gleichen Vorschriften.

Unmittelbar durch Gesetz kann nur der Nießbrauch entstehen und zwar nur in gewissen Fällen, die dem Familienrechte angehören.

§ 17.

Für die Entstehung durch Vermächtnis galten beim Nießbrauch folgende besondere Bestimmungen[41]): 1) Ist dem A. eine Sache schlechthin, dem B. der Nießbrauch an der Sache vermacht, so teilen A. und B. den Nießbrauch, da das Vermächtnis an A. Proprietät und Nießbrauch umfaßt. Soll B. also allein den Nießbrauch erhalten, so muß dem A. die Sache detracto usufructu vermacht werden. Vergl. l. 19. D. 33, 2. 2) Ist der Nießbrauch an einer Sache mehreren gemeinschaftlich vermacht, so gilt ein eigentümliches Accrescenzrecht. Dem Kollegatar wächst der Teil des Wegfallenden nämlich auch dann zu, wenn der Wegfall nach dem Erwerbe stattfindet und selbst dann, wenn der Kollegatar seinen Teil selbst inzwischen verloren hat. l. 4. D. 7, 2. l. 10. eodem.

Wir wollen sehen, ob diese Bestimmungen auch bei dem Vermächtnis von sogenannten irregulären Personalservituten gelten.

Die erste von den angegebenen Vorschriften scheint ihren Grund darin zu haben,[42]) daß die Befugnis zur Nutznießung als das wichtigste Attribut des Eigentums galt. War nun beim Vermächtnis des Eigentums an einer Sache jenes Attribut nicht ausdrücklich entzogen, so wurde als Wille des Testators angenommen, daß dem Legatar auch die sofortige Befugnis zur Nutznießung verliehen sein soll. In dem Falle also, wo dem Einen der Ususfrukt einer Sache, dem Anderen die

[41]) Vergl. Heilfron, System des römischen Privatrechts S. 1055.
[42]) Elvers, a. a. O. S. 719 fg.

Sache selbst schlechthin legiert war, mußten hinsichtlich der Nutzungsbefugnis notwendigerweise zwei Legatare konkurrieren, so daß der eine Legatar, obgleich ihm der ganze Nießbrauch hinterlassen war, nur einen Teil desselben erhielt. Denn zwei volle Ususfrukte an einer Sache gibt es nicht. Der volle Nießbrauch des Einen schließt den Nießbrauch eines Anderen aus.

Anders steht es mit den sogenannten irregulären Personalservituten. An einer Sache können mehrere Servituten dieser Art bestehen; denn durch diese wird ja jedesmal nur eine einzelne Befugnis gewährt, und die Ausübung dieser einzelnen Befugnis schließt die Ausübung der aus dem Eigentum sich ergebenden wesentlichen Befugnisse nicht aus.

Ist also z. B. dem A. ein Grundstück vermacht, dem B. eine irreguläre servitus eundi an dem Grundstück, so ist es, damit B. die volle servitus eundi erhält, nicht nötig, daß dem A. von seinen Befugnissen, die sich aus dem Eigentum ergeben und unter denen sich im Zweifel auch das Recht, über das Grundstück zu gehen, befindet, die Befugnis des Gehens abgezogen wird. —

Was das in der zweiten Vorschrift erwähnte eigentümliche Accrescenzrecht anbetrifft, so wollen wir zunächst sehen, wie sich dieses erklären läßt, um dann zu untersuchen, ob es auch beim Vermächtnis von irregulären Personalservituten zutrifft.

Bei den Juristen, die sich mit dem in Frage stehenden Accrescenzrecht beschäftigt haben, finden wir die verschiedensten Erklärungen.

Baron[43]) erklärt das Accrescenzrecht aus einem angeblichen Gesamtrechtsverhältnisse der Kousufruktuare.

Elvers[44]) sagt: den Legataren sei schon von Anfang an die ganze Nutznießung und also auch die von dem Ausgefallenen bis jetzt in Beschlag genommene Quote deferiert; aber für diese Quote sei die Bedingung beigefügt, daß sie ihm erst anfallen solle, wenn der erste Innehaber sie verloren habe, und somit sei der dies cedens (d. i. der Augenblick des Anfalls des Legats) für ihn bis zu dem Zeitpunkt hinausgerückt, wo dieser sie verloren habe.

v. Vangerow[45]) gibt folgende Erklärung: Der Nießbrauch besteht seinem Wesen nach in einzelnen von dem Berechtigten vorzunehmenden Handlungen — dem uti und frui —, die der Natur der Sache nach nicht auf einmal vorgenommen werden können, sondern in der Zeit aufeinander folgen (l. 1. pr. D. 7, 3) und so ist denn auch mit dem dies cedens nicht sogleich der ganze Inhalt des Rechts für den Legator erworben, sondern mit dem jedesmaligen uti und frui findet eine weitere Erwerbung statt, ohne daß jedoch dadurch je der Inhalt des Rechts erschöpft würde. Vergl. l. 1. § 3. D. 7, 2: ususfructus quotidie constituitur et legatur, non ut proprietas eo solo tempore, quo vindicatur. Ferner l. un. § 2. D. 7, 3: tunc enim constituitur ususfructus, cum quis iam frui potest.

---

[43]) a. a. O. S. 177 ff.

[44]) a. a. O. S. 732.

[45]) a. a. O. II., § 554, Anm. 1, II.

Alles, was wir soeben über das Accrescenzrecht beim Vermächtnis des Nießbrauchs gesagt haben, könnte auch für das Vermächtnis von irregulären Personalservituten gelten, wenn dem nicht Eines in den meisten Fällen widerspräche: Die Unteilbarkeit der irregulären Personalservituten, die wir im § 15 unserer Abhandlung für die Mehrzahl von ihnen festgestellt haben.

Da fast jede irreguläre Personalservitut unteilbar ist, kann sie auch nicht mehreren gemeinschaftlich vermacht werden. Von einem Accrescenzrecht kann also in den meisten Fällen nicht die Rede sein.

Nur bei einer Art von irregulären Personalservituten gilt Gleiches wie beim Nießbrauch: bei den auf Gewinnung von Bodenbestandteilen gerichteten irregulären Personalservituten, aber auch bei diesen nur, wenn die Menge der zu gewinnenden Erzeugnisse genau bestimmt ist; denn nur dann sind diese Servituten teilbar (vergl. § 15) und können mithin an mehrere gemeinschaftlich vermacht werden.

c) Endigung der in Betracht kommenden Servituten.

§ 18.

Gemeinsame Endigungsgründe für den Nießbrauch und die sogenannten irregulären Personalservituten sind:

1) Untergang der belasteten Sache,
2) Tod des Berechtigten, nach römischem Recht auch capitis diminutio,

3) Vereinigung des Eigentums an der belasteten Sache und der Dienstbarkeitsberechtigung in derselben Hand,
4) Vertrag auf Aufhebung,
5) (nach der Ansicht einiger Juristen auch) einseitige Willenserklärung seitens des Berechtigten,
6) Eintritt einer auflösenden Bedingung und Befristung und
7) Verjährung.

Daß diese Endigungsgründe den beiden Arten von Servituten gemeinsam sind, bedarf keiner weiteren Begründung. Die genannten Endigungsgründe gelten teils für alle Servituten, teils ergibt sich ihre Geltung aus dem Charakter als Personalservituten.

Nur ein Endigungsgrund ist zu erwähnen, welcher nur für den Nießbrauch gilt.

Der Nießbrauch wird nicht nur durch den Untergang, sondern schon durch eine wesentliche Umgestaltung der ihm unterworfenen Sache aufgehoben.

Windscheid[46]), Schönemann[47]), Elvers[48]) wollen diese für den ususfructus geltende Regel analog auch auf die übrigen Personalservituten anwenden.

Für usus, habitatio und operae servorum et animalium mag das richtig sein.

Auf die sogenannten irregulären Personalservituten kann jedoch jene Regel nicht immer angewandt werden. Eine irreguläre servitus eundi wird nicht notwendig

[46]) a. a. O. § 215, S. 974.
[47]) a. a. O. § 51, S. 180.
[48]) a. a. O. § 70, S. 764.

dadurch aufgehoben, daß z. B. sich das Waldgrundstück, an welchem die Servitut bestellt ist, in ein Ackergrundstück verwandelt.

Eine irreguläre Personalservitut wird meines Erachtens nur dann schon durch eine Umgestaltung der dienenden Sache aufgehoben, wenn die Umgestaltung derart ist, daß eine dem besonderen Inhalt der Servitut und der Absicht des Konstituenten entsprechende Ausübung vereitelt wird. —

Betreffs der Verjährung der von uns zu behandelnden Personalservituten sei hier noch einer Meinungsverschiedenheit Erwähnung getan, welche unter den Juristen über die Voraussetzungen der Verjährung von Servituten besteht.

Es handelt sich um die Frage, in welchen Fällen non usus nicht genügt, sondern noch usucapio libertatis hinzukommen muß.

Einige, so Zachariae[49]) und Elvers[50]) sagen, daß bei allen Grunddienstbarkeiten, außer bei den Wegegerechtigten und der Wasserleitungs- und Wasserschöpfgerechtigkeit die libertatis usucapio erforderlich sei. Darnach könnten also diejenigen irregulären Personalservituten, die Befugnisse gewähren, die gewöhnlich den Inhalt von anderen als den aufgezählten Felddienstbarkeiten zu bilden pflegen, nicht durch bloßen non usus aufgehoben werden, sondern es müßte noch usucapio libertatis auf Seiten des dienenden Grundstücks hinzukommen.

[49]) Zachariae v. Lingenthal, Über die Unterscheidung zwischen servitutes rusticae und urbanae. Heidelberg 1844. S. 92.

[50]) a. a. O. § 40.

Folgen wir aber der herrschenden Meinung (Windscheid, Dernburg, v. Vangerow, v. Puchta), so müssen wir sagen, daß alle irregulären Personalservituten schon durch non usus untergehen, und es keiner usucapio libertatis auf seiten des dienenden Grundstücks bedarf.

Die Befugnisse der Gebäudeservituten, bei deren Verjährung nach der Meinung auch der zuletzt genannten Juristen usucapio libertatis erforderlich ist, können wie wir oben, § 7, gesehen haben, den Inhalt von irregulären Personalservituten nicht bilden.

d. Rechtschutz.

1. Petitorischer Schutz.

§ 19.

Dem petitorischen Schutze dient sowohl beim Nießbrauch als auch bei den irregulären Personalservituten die actio confessoria, denn sie ist für alle Servituten gegeben.

Der Nießbraucher hat aber außerdem zunächst noch die Klage aus der cautio (s. o. § 13) und sodann noch gewisse Klagen und Rechtsmittel, die eigentlich nur für das Eigentum gelten. So hat er die aquae pluviae arcendae actio, ebenso die damni infecti cautio und die operis novi nuntiaio. Gegen Beschädigungen und Gebietsverletzungen kann er sich durch die actio legis Aquiliae schützen. Er kann die actio de corrupto servo, actio finium regundorum und andere Klagen mehr anstellen.[51])

[51]) Vergl. Cohnfeldt, a. a. O. S. 57.

All die genannten Klagen stehen einem aus einer sogenannten irregulären Personalservitut Berechtigten nicht zu; denn der Grund dafür, daß der Usufruktuar manche Klagen des Eigentümers utiliter anstrengen darf, besteht darin, daß der Ususfrukt dem Umfange nach dem Eigentum ähnlich ist, und dieser Grund trifft bei den irregulären Personalservituten nicht zu.

2. Possessorischer Schutz.

§ 20.

Was den possessorischen Schutz anbelangt, so stehen dem Usufruktuar die interdicta uti possidetis und unde vi zur Seite und zwar kraft positiver Rechtsbestimmung: l. 4. D. 43, 17: In summa puto dicendum et inter fructuarios hoc interdictum [uti possidetis] reddendum. l. 3. § 15. D. 43, 16: Pertinet hoc interdictum [de vi et de vi armata] adeum, qui fundo uti frui prohibitus est ...

Ihren Grund hatte die Gewährung dieser Interdikte an den Usufruktuar wohl in folgendem: Wie wir oben gesagt haben, sollen durch die Bestellung des Nießbrauchs dem Berechtigten zeitweilig die Vorteile des Eigentums gesichert werden. Deshalb wird demselben die Detention der dem Nießbrauche unterworfenen Sache zugebilligt. Durch Zubilligung der Detention allein kann jedoch der oben angegebene Zweck nicht erreicht werden. Hierzu bedarf es noch eines weiteren: Der Nießbraucher muß in seiner Detention geschützt werden. Und deshalb sind ihm die Besitzinterdikte zugesprochen worden.

Ob auch den aus irregulären Personalservituten Berechtigten die erwähnten Interdikte zustehen, wollen wir jetzt prüfen.

Die Quellen enthalten keine Vorschriften. Aber vielleicht ließe sich durch analoge Anwendung der für Realservituten geltenden Vorschriften zu einer Beantwortung unserer Frage gelangen.

Diese analoge Anwendung ist gestattet, weil ja die irregulären Personalservituten (nur mit verschwindend wenig Ausnahmen) Befugnisse zum Inhalt haben, die gewöhnlich in Realservituten enthalten sind, und der Interdiktenschutz sich auf die Ausübung dieser Befugnisse beziehen soll.

Das interdictum unde vi, ein interdictum recuperandae possessionis, kann bei den Realservituten keine Anwendung finden. (l. 4. § 26. D. 41, 3 .... nec de via quis [id est mero iure] detruditur.) Es kommt also auch für die irregulären Personalservituten nicht in Betracht.

Über die Anwendbarkeit des interdictum uti possidetis sind die verschiedensten Theorien aufgestellt. Näher auf dieselben einzugehen, würde zu weit führen. Es sei hier auf v. Vangerow a. a. O. § 355, Anmerkung 2, Note 2 verwiesen, wo die einzelnen Theorien aufgezählt sind und wo Vangerow selbst seine eigene Theorie eingehend darstellt. Vergl. ferner die Kritik über die Vangerowsche Ansicht bei Schönemann a. a. O. S. 190 f.

Ich möchte mich der Ansicht von Puchta[52]) anschließen, welcher das interdictum uti possidetis nur bei den Servituten zuläßt, die in und mit dem Besitz des

[52]) a. a. O. § 139, S. 206.

herrschenden Grundstücks ausgeübt werden, weil durch Störung des Quasibesitzes der Servituten zugleich der körperliche Besitz des Grundstücks, wie es jetzt (mit dem Vorteil der ihm zustehenden Servitut) ist, gestört wird.

Bei den servitutes praediorum rusticorum ist also nach Puchtas Ansicht das interdictum uti possidetis nicht anwendbar.

Für den Rechtsbesitz einiger Realservituten sind jedoch besondere Interdikte gegeben, so für die Wegeservituten das interdictum de itinere actuque privato (D. 43, 19), für die Wasserleitungsservituten das interdictum de aqua (D. 43, 20) und für die Wasserschöpfservituten das interdictum de fonte (D. 43, 22).

Bei den übrigen servitutes praediorum rusticorum sind diese besonderen Interdikte nach Puchtas Ansicht analog anzuwenden.

Aus dieser Ansicht Puchtas folgt für die irregulären Personalservituten, daß das interdictum uti possidetis keine Anwendung findet, die genannten besonderen Interdikte aber analog anzuwenden sind. Da bei den irregulären Personalservituten die Ausübung in Handlungen besteht (wie wir oben §§ 7, 8 gesehen haben), so werden hauptsächlich die Grundsätze vom interdictum de itinere durch analoge Anwendung zu Geltung kommen (vergl. v. Puchta, Pandekten § 139 a. E.).

e. Rückblick.

§ 21.

Fassen wir das bisher Gesagte zusammen, so ergibt sich als Resultat unserer Betrachtungen über das

Verhältnis des Nießbrauches zu den irregulären Personalservituten folgendes:

Beide, Nießbrauch und irreguläre Personalservituten, sind Servituten:

Deshalb haben beide zu ihrem petitorischen Schutze die actio confessoria (s. o. § 19).

Beide sind Personalservituten:

Ihr Subjekt ist eine Person. Sie sind unvererblich und dem Rechte nach unübertragbar (s. o. § 2).

Gegenstand des Nießbrauchs kann jede Sache sein. Als Gegenstand der irregulären Personalservituten kommen nur Grundstücke vor (s. o. § 3).

Was den Inhalt der Rechte anbetrifft, so haben beide das gemeinsam, daß sie affirmative Servituten sind (s. o. § 8).

Im übrigen sind sie jedoch inhaltlich verschieden:

Der Nießbrauch ist eine servitus continua, die irregulären Personalservituten sind servitutes discontinae (s. o. § 8).

Während der Nießbrauch jede Art Nutzung zuläßt, gewähren die irregulären Personalservituten das Recht, nur einzelne Handlungen bestimmter Art mit der der Dienstbarkeit unterworfenen Sache vorzunehmen (s. o. § 7).

Aus dieser inhaltlichen Verschiedenheit der beiden Servitutenarten folgt, daß, während der Nießbrauch teilbar ist, die irregulären Personalservituten eine Teilung nicht zulassen (s. o. § 15).

Ferner ergibt sich aus dem inhaltlichen Unterschied, daß der Nießbrauch, nicht aber auch die irreguläre

Personalservitut schon durch eine wesentliche Veränderung der dienenden Sache untergeht (s. o. § 18).

Auch der Unterschied im Besitzschutz ist zum Teil durch die Verschiedenheit des Inhalts begründet (§ 20).

Der Hauptunterschied zwischen Nießbrauch und irregulärer Personalservitut besteht in der Verschiedenheit des (begrifflichen) Umfanges (§§ 4 –7).

Der Nießbrauch gewährt sämtliche Nutzungen, die irreguläre Personalservitut nur einzelne Nutzungsbefugnisse und auch diese meist mit Beschränkung auf das zur Befriedigung des persönlichen Bedürfnisses erforderliche Maß (s. o. § 10).

Aus dieser Verschiedenheit des Umfangs ergibt sich folgendes:

Der Nießbrauch gewährt das Recht auf Detention der dienenden Sache, die irreguläre Personalservitut nicht.

Nur dem Nießbraucher stehen die interdicta uti possidetis und unde vi und manche Schutzmittel zu, die sonst nur dem Eigentümer zukommen (s. o. § 19 u. 20).

Der Nießbraucher darf ferner die Ausübung des ihm zustehenden Rechtes übertragen, während dem aus einer irregulären Personalservitut Berechtigten dieses Recht nur in den Fällen zusteht, in denen ihm die Überlassung der Ausübung ausdrücklich gestattet ist.

Entsprechend den größeren Rechten hat jedoch der Nießbraucher auch größere Pflichten:

Er hat bei der Ausübung seines Rechtes mit besonderer Sorgfalt zu verfahren.

Ihn treffen die auf die Sache fallenden Lasten.

Er ist zur Kautionsleistung verpflichtet. —

Das soeben Gesagte können wir dahin zusammenfassen, daß alle einzelnen genannten Gegensätze zwischen dem Nießbrauch und den irregulären Personalservituten auf zwei Momente zurückzuführen sind: 1) auf die Verschiedenheit des begriffsmäßigen Umfangs und 2) auf die Verschiedenartigkeit der in den Servituten gewährten Befugnisse. (Letzteres gilt insofern, als die irregulären Personalservituten fast ausschließlich Befugnisse gewähren, die den Inhalt von Realservituten zu bilden pflegen.)

II.

Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 22.

Diejenigen dinglichen Nutzungsrechte an fremder Sache, welche in der gemeinrechtlichen Theorie oft als irreguläre Personalservituten bezeichnet worden sind, finden wir im bürgerlichen Gesetzbuch behandelt unter der Benennung „beschränkte persönliche Dienstbarkeiten“ und zwar in den §§ 1090, 1091, 1092. Der § 1093 handelt von dem als beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellten Wohnungsrecht, der gemeinrechtlichen habitatio, welche nicht unter den Begriff der irregulären Personalservituten fiel und deshalb in dem folgenden Teile unserer Abhandlung außer Betracht gelassen werden muß.

In der folgenden Darstellung soll statt des Ausdrucks irreguläre Personalservituten, welcher dem B. G. B. völlig fremd ist, der Ausdruck „beschränkte persönliche Dienstbarkeit“ gebraucht werden. Es ist

aber zu beachten, daß wir darunter nicht auch das Wohnungsrecht des § 1093 begreifen wollen, welches in mancher Hinsicht besonderen Bestimmungen untersteht.

§ 23.

§ 1090 des B. G. B. lautet folgendermaßen:

„Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, oder daß ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann (beschränkte persönliche Dienstbarkeit).

Die Vorschriften der §§ 1020 bis 1024, 1026 bis 1029, 1061 finden entsprechende Anwendung.“

Hieraus ergibt sich zunächst, daß als Gegenstand der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nach dem B. G. B. nur Grundstücke zugelassen sind.

Den Grundstücken gleich stehen die selbständigen Berechtigungen, die ein Blatt im Grundbuche erhalten können (§ 1017 B. G. B. E. G. Art. 63, 68, 196).[53])

Der Nießbrauch dagegen kann außer an Grundstücken auch an beweglichen Sachen (§§ 1030 ff.) und an Rechten bestehen (§§ 1068 ff.).

Endemann[54]) erklärt die Beschränkung der beschränkten persönlichen dinglichen Nutzungsrechte auf Grundstücke damit, weil nur bei diesen die Eintragung

[53]) Vergl. Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Anm. 1 zu § 1090.

[54]) Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Band: Sachenrecht, § 107.

das Mittel bietet, die Begrenzung des Gesamtrechtes kundbar zu machen, während bei beweglichen Sachen die Besitzübertragung stets die volle Gebrauchsausübung enthält.

Betreffs des Gegenstandes der Rechte stimmt also das B. G. B. mit dem gemeinen Recht überein.

Inhalt und Umfang.

§ 24.

Bei Betrachtung des gemeinrechtlichen Nießbrauchs haben wir gesehen, daß über seinen Umfang großer Streit herrschte.

Einige Juristen waren der Meinung, daß im Nießbrauch auch nur eine einzelne Befugnis eingeräumt werden könne.

Das B. G. B. dagegen läßt keinen Zweifel darüber, daß der Nießbrauch prinzipiell die Nutzungen der dienenden Sache in ihrer Totalität gewährt. Es ergibt sich dies aus § 1030 und den Begriffsbestimmungen in §§ 100 und 99.

Zwar können einzelne Nutzungen vom Nießbrauch ausgeschlossen werden (§ 1030 II), es ist aber nicht umgekehrt zulässig, ihn von vornherein auf bestimmte einzelne Nutzungen zu beschränken.

Im Gegensatz hierzu enthalten die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten eine Benutzungsart des dienenden Grundstücks nur nach einer bestimmten einzelnen Richtung (§ 1090).

Was den Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit betrifft, so ergibt sich aus § 1090, daß sie

den gleichen Inhalt wie die Grunddienstbarkeit hat (§ 1018), nämlich daß derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen darf, oder daß auf dem Grundstücke gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, oder daß die Ausübung eines Rechtes ausgeschlossen ist, das sich aus dem Eigentum an dem belasteten Grundstücke gegenüber dem Berechtigten ergibt (§§ 1018, 1090).

Wir sehen also, daß nach dem B. G. B. die beschränkte persönliche Dienstbarkeit eine jede Befugnis, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit zu bilden imstande ist, enthalten kann, während wir für das gemeine Recht gewisse Befugnisse ausschließen mußten (s. o. § 7).

Besitz.

§ 25.

Aus dem Inhalt und der dinglichen Natur des Nießbrauchs, vermöge deren er nicht bloß einen Anspruch auf die Nutzungen hat, sondern diese selbst zu ziehen berechtigt ist, folgt das Recht des Nießbrauchers zum Besitz der Sache (§ 1036).[55])

Dies Recht steht dem aus einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit Berechtigten dagegen nicht zu.

Einen Anspruch auf den unmittelbaren Besitz der Sache („Detention") hatte der Nießbraucher schon im gemeinen Recht, doch war dieser Anspruch von einer vorherigen Kautionsleistung abhängig.

[55]) Vergl. Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 3. Band. Anm. zu § 1036.

Ausübung der Befugnisse.

§ 26.

In der Ausübung der durch die betreffenden Dienstbarkeiten gewährten Befugnisse sind den Berechtigten gewisse Grenzen gesetzt.

Für den Nießbrauch, das begrifflich umfassendste Nutzungsrecht bestimmt § 1037, daß der Nießbraucher nicht berechtigt ist, die Sache umzugestalten oder wesentlich zu verändern.

Nach § 1038 kann der Nießbraucher eines Waldes oder eines Bergwerkes oder einer anderen auf die Gewinnung von Bodenbestandteilen gerichteten Anlage in der Ausübung seiner Befugnisse insofern beschränkt werden, als er sich nach einem Wirtschaftsplan zu richten hat.

Innerhalb dieser Grenzen kann der Nießbraucher die dem Nießbrauch unterworfene Sache in beliebigem Maße nutzen, und ist nicht auf ein seinem persönlichen Bedürfnisse entsprechendes Maß der Ausübung beschränkt.

Anders verhält es sich mit den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten. Für diese ist in § 1091 bestimmt, daß ihr Umfang sich nach dem persönlichen Bedürfnisse des Berechtigten bestimmt, allerdings nur „im Zweifel“, d. h. nur dann, wenn durch die Begründer nichts anderes ausgemacht ist.

Über die Art der Ausübung bestimmt das B. G. B. ungefähr dasselbe wie das gemeine Recht.

Für den Nießbrauch gilt als allgemeines Prinzip, daß der Nießbraucher die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrecht zu erhalten und nach den

Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft zu verfahren habe (§ 1036).

Besonders ausgestaltet ist diese Norm noch durch die §§ 1038, 1039, 1042—1054, 1057.

Für die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten bestimmt § 1020 nur, daß der Berechtigte bei der Ausübung das Interesse des Eigentümers tunlichst zu schonen hat.

Für den Nießbrauch sind also, was die Art der Ausübung anbetrifft, genauere Bestimmungen getroffen, als für die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten.

Der Grund hierfür ist derselbe, wie im gemeinen Recht (s. o. § 11): Die Größe des Umfangs des Nießbrauchs und die hierin liegende Gefahr für das Eigentum.

Verpflichtungen der Berechtigten.

§ 27.

Außer der Pflicht, die Servituten in der vom Gesetz vorgeschriebenen Weise auszuüben, bestehen für die Berechtigten noch andere Verpflichtungen. Sie sämtlich hier aufzuführen und näher auf sie einzugehen würde zu weit führen. Es seien nur die für die Beantwortung unserer Frage wichtigsten erwähnt:

Der Nießbraucher hat nach § 1041 auf seine Kosten für die Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestande zu sorgen.

§ 1047 legt dem Nießbraucher dem Eigentümer gegenüber die Pflicht auf, für die Dauer des Nießbrauchs die auf der Sache ruhenden öffentlichen und noch einige andere Lasten zu tragen.

Ferner trifft den Nießbraucher die Verpflichtung, die Sache für die Dauer des Nießbrauchs nach Grundsätzen ordnungsmäßiger Wirtschaft in Versicherung zu halten (§§ 1045, 1046).

Wird durch das Verhalten des Nießbrauchers die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Eigentümers begründet, so kann der Eigentümer Sicherheitsleistung verlangen.[56]) (§ 1051.)

All diese Vorschriften sind bei den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten[57]) nicht erwähnt und kommen infolgedessen bei ihnen auch nicht zur Geltung. Dies hat seinen Grund hauptsächlich darin, daß jene Vorschriften sich aus dem weiten begriffsmäßigen Umfange des Nießbrauchs ergeben. Es wäre unbillig, wollte man dem Eigentümer, der doch neben einem beschränkt Nutzungsberechtigten immer noch die meisten Vorteile aus der Sache zieht, die Lasten abnehmen und diesem aufbürden. Der Nießbraucher dagegen hat die gesamten Vorteile der Sache, drum soll er auch die Lasten tragen.

Es ist dies derselbe Gedanke, welcher, wie wir oben (§ 12) gesehen haben, schon im römischen Recht dazu geführt hat, dem Nießbraucher die Lasten aufzuerlegen, den aus einer irregulären Personalservitut Berechtigten aber von ihnen befreit zu lassen.

[56]) Eine Kautionspflicht, wie im gemeinen Recht, deren Erfüllung Voraussetzung für die Besitzübertragung ist, kennt also das B. G. B. nicht.

[57]) In unserem dem gemeinschaftlichen Begriff der irregulären Personalservituten entsprechenden Sinne. Für das Wohnrecht des § 1093 gilt anderes.

Von der Übertragbarkeit.

§ 28.

Wie nach gemeinem Recht (s. o. § 14), so ist auch nach dem B. G. B. § 1059 der Nießbrauch dem Rechte nach nicht übertragbar.[58]) Dasselbe bestimmt für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit der § 1092.

Die Ausübung kann dagegen bei beiden einem anderen überlassen werden. Jedoch besteht zwischen dem Nießbrauch und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten insofern ein Unterschied, als die Ausübung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nur mit ausdrücklicher Erlaubnis des Belasteten einem anderen überlassen werden darf.

Daß die Überlassung der Ausübung gestattet ist, bedarf, da die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten nur an Grundstücken möglich sind, nach § 877 der Eintragung im Grundbuche.[59])

Abweichend vom gemeinen Recht hat die Überlassung nicht dingliche, sondern nur obligatorische Wirkungen. Derjenige, welchem die Ausübung überlassen wird, erlangt kein dingliches Recht an dem Nießbrauch oder an der demselben unterliegenden Sache. Daher findet auch eine Eintragung des Rechtes zur Ausübung im Grundbuche nicht statt. Die Überlassung begründet nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Nießbraucher.

[58]) Nach dem ersten Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch § 1011 sollte der Nießbrauch übertragbar sein.

[59]) Vergl. Biermann, a. a. O. zu § 1092, anderer Meinung Kober, a. a. O. S. 348.

Folgen der Unübertragbarkeit sind die Unmöglichkeit der Bestellung eines Pfandrechts (§ 1274 II) oder eines Nießbrauchs am Nießbrauche (§ 1069 I) oder an den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten.

Dagegen unterliegen sowohl der Nießbrauch als auch die beschränkte persönliche Dienstbarkeit, letztere jedoch nur dann, sofern die Überlassung ihrer Ausführung gestattet ist, der Pfändung nach Zivilprozeßordnung § 857, Abs. 3, 4.

Teilbarkeit.

§ 29.

Der Nießbrauch ist wie nach gemeinem Recht, so auch nach B. G. B. teilbar. Der erste Entwurf zum B. G. B. § 981 hatte noch ausdrücklich bestimmt, daß ein Nießbrauch an einem Bruchteil einer Sache bestehen kann.[60]) Diese Bestimmung ist aber als selbstverständlich von der II. Kommission gestrichen. (Prot. S. 4058 fg.).

Ob die beschränkte persönliche Dienstbarkeit teilbar ist, bestimmt sich nach ihrem Inhalt. Meistens wird sie ein unteilbares Recht sein, weil der Inhalt seiner Natur nach meist unteilbar ist.

Bisweilen kann sie jedoch auch ein teilbares Recht bilden, insofern als sie mehreren Berechtigten zustehen kann, wenn z. B. das Maß der Nutzungen quantitativ bestimmt ist.[61])

[60]) Ob man sagt: Der Nießbrauch an einem Bruchteil einer Sache oder ein Bruchteil des Nießbrauchs, kommt auf dasselbe hinaus.

[61]) Biermann, a. a. O. zu § 1090. Kober, a. a. O. zu § 1090 I a.

Stets unteilbar ist aber die beschränkte persönliche Dienstbarkeit insofern, als sie nicht an einem Bruchteil des belasteten Grundstücks begründet oder aufgehoben werden kann. Es ergibt sich dies aus dem Wesen der Dienstbarkeit, welche stets das Grundstück als solches ergreift, von selbst, weshalb auch eine besondere dahingehende Vorschrift des ersten Entwurfes von der II. Kommission gestrichen ist. (Prot. II, 4152, 4153.)

Entstehung.

§ 30.

Der Nießbrauch entsteht auf zweierlei Weise, entweder auf rechtsgeschäftlichem Wege („Bestellung") oder durch Ersitzung.

Die Bestellung erfolgt bei beweglichen Sachen dadurch, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß diesem der Nießbrauch zustehen soll (§ 1032 Satz 1).

An Grundstücken wird der Nießbrauch nach den allgemeinen Regeln (§§ 873 ff.) bestellt. Hiernach ist dinglicher Vertrag und Eintragung in das Grundbuch erforderlich.

Die Ersitzung des Nießbrauchs an beweglichen Sachen ist in § 1033 f. zugelassen und regelt sich nach den für den Erwerb des Eigentums durch Ersitzung geltenden Vorschriften. (§§ 937 ff.)

An Grundstücken kann der Nießbrauch nur nach § 900 ersessen werden (sogenannte „Tabularersitzung").

Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann, da sie nur an Grundstücken bestehen kann, nur auf

eine rechtsgeschäftliche Weise bestellt werden, nämlich nur durch dinglichen Vertrag und Eintragung. (§§ 873 ff.)

Ersessen werden kann sie, wie der Nießbrauch an Grundstücken, nur nach § 900. (Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit gehört zu den in Absatz 2 des § 900 genannten Rechten, deren Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist. (§ 900 II, 1029.)

Es ist aber zu beachten, daß diese sogenannte „Tabularersitzung" des § 900 etwas ganz anderes ist als die gemeinrechtliche Ersitzung von Eigentum und dinglichen Rechten an Grundstücken. Eine Ersitzung im gemeinrechtlichen Sinne ist im B. G. B. prinzipiell ausgeschlossen.

Die sogenannte Tabularersitzung hat nicht, wie die gemeinrechtliche Ersitzung den Zweck, neue Servituten zu schaffen, sondern vielmehr nur den, „bereits eingetragene Servituten, die durch die Eintragung die Vermutung der Rechtmäßigkeit für sich haben, mit rückwirkender Kraft als vom Tage der Eintragung ab bereits zu Recht bestehend zur Anerkennung zu bringen." (Prot. II. 3895, 3896.)

Einen unmittelbaren Erwerb eines Nießbrauches oder einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit durch Vermächtnis, wie es im gemeinen Recht möglich war, kennt das B. G. B. nicht. B. G. B. § 2174 begründet für den Vermächtnisnehmer nur das Recht, von dem Erben oder beschwerten Legatar die Bestellung des Nießbrauchs zu fordern.

Was endlich die Entstehung unmittelbar kraft

Gesetzes anbetrifft, so gibt es eine solche nach dem B. G. B. nicht. Den gemeinrechtlichen ususfructus legalis des Vaters in einigen, das Familienrecht betreffenden Fällen behandelt das B. G. B. als besonders geartetes Recht, als sogenanntes „Nutznießungsrecht“. (§§ 1649 ff. und 1363 ff.)

Endigung.

§ 31.

Gemeinsamer Endigungsgrund des Nießbrauchs und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist zunächst, wie im gemeinen Recht, der Tod des Berechtigten, B. G. B. § 1061, § 1090 II.

Ist Subjekt der Rechte eine juristische Person, so erlöschen sie mit dieser (§ 1061 Satz 2). Das bürgerliche Gesetzbuch weicht hierin vom gemeinen Recht ab, welches einen einer juristischen Person zustehenden Nießbrauch nach 100 Jahren erlöschen ließ.

Zweitens gehen die genannten Servituten durch rechtsgeschäftliche Aufhebung unter. Zur Aufhebung des Nießbrauchs an einer beweglichen Sache genügt die Erklärung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer oder dem Besteller, daß er den Nießbrauch aufgibt. (§ 1064.)

Zur rechtsgeschäftlichen Aufhebung des Nießbrauchs an einem Grundstück und zur Aufhebung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit hingegen bedarf es außer der Aufgabeerklärung noch der Löschung des Rechtes im Grundbuche. (§ 875.)

Ferner erlöschen Nießbrauch und beschränkte persönliche Dienstbarkeit durch Untergang der dienenden Sache, aber nicht schon durch erhebliche Veränderung derselben, wie der Nießbrauch im gemeinen Recht.

Im Gegensatz zum gemeinen Recht kennt das B. G. B. keinen Untergang durch Verjährung oder Nichtgebrauch (non usus) mit einziger Ausnahme des § 1028.

Durch Konfusion erlöschen kann nur der Nießbrauch und zwar auch nur dann, wenn er an einer beweglichen Sache bestellt ist (§ 1063). Aber auch von dieser Bestimmung gibt es eine Ausnahme (§ 1063 Abs. 2), wenn der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Nießbrauchs hat.

Wir sehen, daß nach B. G. B., was die Endigung der Rechte anbetrifft, der Nießbrauch, soweit er Grundstücke zum Gegenstand hat, genau so behandelt wird, wie die beschränkte persönliche Dienstbarkeit, während dies im gemeinen Recht (s. o. § 18) nicht der Fall war.

Rechtsschutz.

§ 32.

Über den Rechtsschutz des Nießbrauchs bestimmt § 1065, daß, wenn das Recht des Nießbrauchers beeinträchtigt wird, für die Ansprüche des Nießbrauchers die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden.

Es hat daher der Nießbraucher utiliter die Klagen aus §§ 985, 986 bei Vorenthaltung des Besitzes, bei anderen Beeinträchtigungen aber die negatorische Klage

aus § 1004, sowie die Klage auf Gestattung der Aufsuchung aus § 1005.

Dem aus einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit Berechtigten sind zum Schutze seines Rechtes nur die im § 1004 bestimmten Rechte gegeben (§ 1090[II], 1027). Die anderen dem Nießbraucher zustehenden Rechte stehen ihm nicht zu, und zwar deshalb nicht, weil sie sich aus dem Recht zum Besitz ergeben, welches nur der Nießbraucher hat.

Possessorischer Schutz.

Der Nießbraucher hat, wie wir oben (§ 25) gesehen haben, das Recht zum Besitze der Sache (§ 1036 Bürgerliches Gesetzbuch). Hat er den Besitz erlangt, so gilt er als unmittelbarer Besitzer (§ 868) und genießt den Besitzschutz (§§ 861 ff.) des Sachbesitzers. Der Eigentümer hat als mittelbarer Besitzer (§ 868) diesen Besitzschutz ebenfalls und zwar gemäß § 869. (Diesen Besitzschutz hatte nach gemeinem Recht der Eigentümer nicht. Die Besitzschutzinterdikte standen dem Nießbraucher zu, der zwar nicht „juristischer Besitzer“ war, dem aber eine durch die Besitzinterdikte geschützte Detention zugesprochen war. Das Institut eines mittelbaren Besitzes kannte das gemeine Recht nicht.)

Dem aus einer irregulären Personalservitut Berechtigten stand im gemeinen Recht das Recht zum Besitze der Sache nicht zu; er konnte also keinen Sachbesitz erlangen. Wohl aber hatte er Rechtsbesitz und wurde in diesem durch besondere Interdikte geschützt.

Das B. G. B. kennt den gemeinrechtlichen Rechtsbesitz als besonderen Besitzbegriff nicht.

Nur in einem einzigen Falle wird im B. G. B. ein quasi-possessorischer Schutz gewährt. Es ist dies der Fall des § 1029, der nach § 1090 II. auch für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit Geltung hat. In § 1029 in Verbindung mit § 1090 II. hat jeder, der die Dienstbarkeit tatsächlich ausübt, den Besitzschutz (§§ 859, 861, 862) vorausgesetzt, daß das berechtigte Subjekt im Grundbuch eingetragen und die Dienstbarkeit innerhalb des letzten Jahres vor der Störung wenigstens einmal ausgeübt worden ist.

Das bürgerliche Gesetzbuch stimmt mit dem gemeinen Recht, was den possessorischen Schutz anbelangt, in der Hauptsache überein. Der Besitzschutz der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit im B. G. B. weicht nur insofern von dem des gemeinen Rechtes ab, als nach bürgerlichem Recht der Besitzschutz ein einheitlicher ist und es keine besonderen Interdikte mehr für die einzelnen Dienstbarkeiten gibt.

Schluß.

§ 33.

Den Unterschied zwischen dem gemeinen Recht und dem bürgerlichen Gesetzbuche in unserer Frage haben wir für die einzelnen Punkte bereits festgestellt.

Es erübrigt nur noch kurz das Resultat unserer Betrachtungen aufzustellen.

Dem Nießbrauch als dem einer Person zustehenden dinglichen Rechte auf die volle Nutzung einer Sache

wird als „irreguläre Personalservitut“ oder „beschränkte persönliche Dienstbarkeit“ das Recht gegenüber gestellt, die Sache nur in einzelnen Beziehungen zu benutzen.

Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit hat also mit dem Nießbrauch das gemein, daß sie beide persönliche Dienstbarkeiten sind.

Im übrigen gravitiert die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nach der Grunddienstbarkeit hin: Sie belastet stets ein Grundstück und hat den gleichen Inhalt wie die Grunddienstbarkeit. Der Unterschied von der Grunddienstbarkeit liegt nur in der Bestimmung des Berechtigten.

Deshalb finden nach gemeinem Recht wie nach bürgerlichem Gesetzbuche auf die irreguläre Personalservitut resp. beschränkte persönliche Dienstbarkeit die für die Grunddienstbarkeiten geltenden Vorschriften insoweit Anwendung, als sich nicht aus dem subjektiv-dinglichen Charakter der genannten Rechte etwas Anderes ergibt.